論　文

市場に流通するソフトウェア契約における諸問題

― いわゆる「使用許諾書」による契約を中心に ―

葭　矢　雄　介

目　次

序章

販売店等を通じて市場に流通するソフトウェアを使用する際には、ユーザーが、ソフトウェアのベンダーとの間にソフトウェアの使用に関する何らかの契約を締結しているのが一般的である[1]。

ユーザーは一般にソフトウェアを使用するために、販売店等とソフトウェアを取引する契約（以下、取引契約とする）を締結してソフトウェアを入手した後、ソフトウェアを使用する前にベンダーからのソフトウェアの使用に関する契約（以下、使用契約とする）の申込みを受ける。

ソフトウェアを入手するための販売店等とユーザーの取引契約は、外見上は売買のようにみえるものの、一般的な物品の販売店等での売買では、保証書による修理の引き受けなど除けば、このようにベンダーとユーザーが直接契約を結ぶことはないものといわれる[2]。

しかしながら、ソフトウェア取引契約にはベンダーからの契約が介在し、このベンダーからの契約では、シュリンクラップ方式またはクリックオン方式と呼ばれる特殊な方式の契約の方法が用いられている。

このユーザーとのソフトウェア取引契約では、

1）本稿におけるユーザーとは原則として消費者を指す、販売店等でソフトウェアを購入するユーザーは主として消費者であると考えられるためである。なお、本稿ではその他のベンダーが事業者などから個別に注文を受け直接提供されるようなソフトウェアや、インターネット回線を通じて提供することによって記録媒体も販売店等を介在させずにユーザーに提供されるようなソフトウェアについては除外する。

2）北川善太郎「ソフトウェアの使用と契約　開封契約批判」NBL435号（1989年）7頁。

外見上は通常の売買契約が成立しているようであり、販売店等とユーザーの取引契約はどのような契約関係であるといえるかという問題がある。ソフトウェアの使用についてベンダーからの契約が存在する場合には、販売店とユーザーとの契約は売買契約ではなくソフトウェアの使用に関する「ライセンス（許諾）契約」と考えられる場合があるされる[3]。

しかしながらこの「ライセンス契約」は典型契約として定義されていないため、「ライセンス契約」と契約条項中で定められている契約によっては本当に「ライセンス契約」であると呼ぶべき契約の本質があるかが疑わしいものも存在する。

また、このベンダーとユーザーとの使用契約では、ソフトウェアをユーザーが販売店等で入手し、自宅や職場などに持ち帰って使用する段階で、ベンダーからの契約の申込みが現れる場合が多く、ユーザーがソフトウェアの使用の直前まで知る機会がなかった契約の条項の効力について問題が生じる。

また、ソフトウェアの入っている袋の開封やソフトウェアのインストール開始のための画面上のボタンのクリックなど、ソフトウェアの使用のための準備行為として不可避の行為を契約への承諾と定めている場合が大半で、これを使用契約への承諾とすると、ユーザーは使用の直前まで知ることがなかったベンダーとの契約をソフトウェアの使用のために強要されることになる。

さらに、上記の問題を解決したとしても、「使用許諾書」にはベンダーの責任制限条項やユーザーの権利や使用を制限する条項などが存在し、このような条項については、公序良俗や信義則、その他の法規などから契約の内容として拘束力を持ちうるのか疑わしいと考えられる。

このような問題を抱えている使用契約は、元々はアメリカにおいて利用されていたといわれ[4]、アメリカにおいては議論や判例も豊富である[5]ものの、日本においては、ユーザーがベンダーとのソフトウェア使用契約につき、その契約の方式による契約の無効や記載された条項内容の無効を争った事例は存在しない[6]。

ソフトウェアの契約に関する研究の中には、アメリカ法上で基本的には認められている法理であることや、世界的に利用されている契約方法であることなどを理由として日本法上もこのようなソフトウェア契約を認めるべきであるとの見解もある[7]ものの、国家間で法制度が異なる以上、アメリカの法理によって日本における法律上の問題の解釈を行うべきではなく、日本の法理に基づく解釈を論じるべきである。

本稿では、一部海外の事例を参考にするものの、原則として、ソフトウェア契約の抱える諸問題について現在の日本の法制上での解釈を論じ、ソフトウェア契約の抱える問題につき一定の解答を提示したいと思う。

なお、本稿は龍谷大学法学研究掲載のために修士論文の内容を編集したものである。

第一章　ソフトウェア契約の問題の所在

第一節　使用契約締結の方式とその利用の背景

ソフトウェア契約において、販売店等とユーザーとのソフトウェア取引契約とは別にベンダーとユーザーの間でソフトウェア使用契約を締結するための方法として一般的によく用いられているのがシュリンクラップ方式およびクリックオン方式と呼ばれる契約の申込みと承諾のための方法である。

以下において、このシュリンクラップ方式およびクリックオン方式とはどういった性質のものであるのか、そのような方式をベンダーが採用した背景とはなにか、また、そのような方式を採用することによって生じる問題点について論じる。

3）経済産業省「電子商取引及び情報財取引等に関する準則（平成20年）」（http://www.meti.go.jp/press/20080829004/03_t.pdf）129頁。
4）北川・前掲注（2）6頁。
5）川和功子「米国における電子情報取引契約について（三・完）」同志社法学58巻1号（2006年）133頁参照。
6）松田政行「パソコンプログラム販売上の問題」法とコンピュータ8号（1990年）13頁。現在においてもこのような問題を扱ったわが国における裁判例は存在しない。
7）松田・前掲注（6）18頁。

1　シュリンクラップ方式

シュリンクラップ方式を用いた使用契約とは、一般の市場に流通するソフトウェアを製造し、そのソフトウェアの著作権を有するベンダーが、ソフトウェアについて消費者等のユーザーと使用契約を締結するために用いる契約の方式である。

この方式による使用契約は、店頭での販売店等とユーザーとのソフトウェアの取引契約とは別に、ベンダー自身がユーザーとの間に取引契約の目的物であるソフトウェアのユーザーの使用に関する契約を直接締結するというものである。

シュリンクラップ方式では、使用のためにソフトウェアの入った内袋やケースを開封するとベンダーとの契約が成立すると定められている場合が多い。

具体的な例としては、ユーザーが外箱を開けると、ソフトウェアの内袋やケースに「開封した場合、お客様はソフトウェア使用権、許諾契約書に同意したことになります。」[8)]等の文言が記されたシールが付されているといったものがある。

そして、ユーザーがそれを開封すれば、同封の「使用許諾書」に記載された条項について同意をしたものとされ、ユーザーと使用契約の約款を作成したベンダーとの間に使用契約が成立すると定められている。

このような契約の方式を取るシュリンクラップ契約の発生時期は確かではないが、元々アメリカで用いられていた契約方式をそのままわが国に輸入したものであるといわれ[9)]、1980年代には既にソフトウェア使用契約において用いられていたようである[10)]。

2　クリックオン方式

シュリンクラップ方式による契約とは別の契約の方式として、クリックオン方式と呼ばれるものを利用したソフトウェア使用契約も存在する。

このクリックオン契約におけるシュリンクラップ契約とは異なる特徴として、使用契約への承諾の方法がコンピューターの画面上で電子的に行われるという点がある。

シュリンクラップ契約が外箱の中などに書面の「使用許諾書」を同封し、開封という物理的なユーザーの手段を契約への同意として定めているのに対して、クリックオン契約ではソフトウェアを使用するためのコンピューターへのインストールの過程でコンピューターの画面上に「使用許諾書」にあたる契約条項または契約条項へのリンク等を表示させている[11)]。

そして、その「契約に同意する」等の文言が付された画面上のボタンをクリックすることによって、ユーザーとベンダーの間に使用契約が成立すると定められている点がシュリンクラップ方式と大きく異なる点であるといえる。

もっとも、このようなクリックオン方式による契約でも、シュリンクラップ方式との違いは基本的には契約の条項へのユーザーの同意と定められている行為が物理的であるか電子的であるかでしかなく[12)]、契約の本質はシュリンクラップ方式と同様ものであるといえよう。

3　シュリンクラップ方式・クリックオン方式の利用の背景

シュリンクラップ方式およびクリックオン方式では、前述のとおり箱に物理的に内在されている約款である「使用許諾書」もしくは画面上に表示される約款を契約内容とする使用契約の成立を定めている。

一般に契約に約款が用いられる理由は、大量の取引過程を画一化した約款によって合理化し、諸費用を節減するためであるといわれ[13)]ソフトウェアを使用したことによる損害などについて、ベンダーの責任を免責しようとする条項も存在するこ

8）ロジクール「MX Revolution Rechargeable Cordless Leaser Mouse」の内袋参照。
9）北川･前掲注（2）6頁および松田･前掲注（6）13頁。
10）吉田和夫「シュリンクラップ・ライセンス契約の法的性質」早稲田社会科学研究52号（1995年）49頁。
11）もっとも契約条項への承諾の方法としてクリックオン方式を用い、画面上に約款を表示させる場合であっても紙の約款をあわせて同封しているソフトウェアも少なくない（Microsoft Office Professional Enterprise Edition 2003 日本語版など）。
12）田村善之『著作権法概説　第2版』（有斐閣、2001年）165頁。
13）河上正二『約款規制の法理』（有斐閣、1988年）6頁。

とから、通常の約款利用のメリットも妥当するといえる。

しかしながら、ソフトウェアの使用について問題が起こった場合に発生する瑕疵担保責任などは本来販売店等に発生するため、そもそも販売店等とユーザーとの単なるソフトウェアの売買契約で完結させておけば、ベンダーとしては約款を用意する必要もないように思われる。

そうすると、一般的な約款利用のメリットだけではなく、何か別の思惑があってベンダーが使用許諾書による使用契約をわざわざ用意しているものと考えられる。

使用契約の内容をみるとユーザーに申し込まれる契約の内容は、ベンダーの意図していないユーザーの使用やインストールするコンピューターの台数など、ユーザーの使用の制限に関するものが多く、契約条項の中には著作権法による著作者の権利制限規定を上書きするものもみられる[14]。

例えば、プログラムなどの著作物は著作権法によって保護を受け、その著作権者の権利は同法21条以下に支分権として限定列挙されているが、その権利の中には著作物の単なる「使用」を制限できるような権利は存在しない。

ソフトウェアのような実用的な著作物について「使用権」といった使用を制御できる権利がないことへの不満も著作者側から聞かれ[15]、ベンダーは使用契約によってソフトウェアの無断使用者に対しては契約ベースで法的責任を追及できるようにして[16]、実質的にユーザーの使用について制御するための権利を確保しようとの思惑から、シュリンクラップ方式やクリックオン方式を利用してソフトウェアの使用の条件である「使用許諾書」の提示を行い、契約内容に同意した者だけにソフトウェアを使用させるための契約としてソフトウェア使用契約を用意しているものと考えられる。

ところで、なぜ使用契約ではソフトウェア取引の時にあらかじめ契約条件を提示せず、シュリンクラップ方式やクリックオン方式という特殊な方法によって契約条件を提示するのだろうか。

本来であれば、販売店等の店頭でソフトウェアの使用については使用契約が存在する旨をユーザーに告げ、約款を提示して説明をすれば足りるはずであり、シュリンクラップ方式やクリックオン方式を利用する必要はないといえる。

しかしながら一方でソフトウェアを扱う販売店等が直接の代理店とは限らないため約款を店頭に置くということができない場合があり、直接の代理店でない販売店等がユーザーに使用契約について説明する保証もないという事情がある。

それならば、外箱にソフトウェアの使用については使用契約をベンダーと締結する必要がある旨および、その契約内容であるすべての条項を記載しておけばよいのではないかと考えられる。

しかしながら外箱にはそのソフトウェアがどういう商品であるかを記載することが一番重要であって、細かな契約条件を書くというのはそれほど重要ではないといわれ[17]、また膨大な条項をパッケージに全て記載することは不可能である場合も多いものと思われる。

このように店頭での使用契約の契約内容の提示が困難であるという事情から、外箱の内部に「使用許諾書」を内包したシュリンクラップ契約や、インストール時に条項を表示するクリックオン契約が利用されているものと考えられるものの、シュリンクラップ方式やクリックオン方式を用いてユーザーのソフトウェアの使用に対しベンダーからの使用契約を介在させることは次に述べるような問題を生じさせる。

第二節　ソフトウェア契約の抱える問題

1　ソフトウェア取引契約の法的性質

第一に、シュリンクラップ方式およびクリックオン方式によるベンダーからのソフトウェア使用契約が存在する場合、販売店等とユーザーとのソフトウェアを取引する契約がどのような契約であるのかが問題となる。

なぜなら、通常の売買契約であれば、契約成立

14) 使用契約の内容について北川・前掲注(2) 9頁参照。
15) 植松宏嘉＝中山信弘＝本間忠良＝三木茂「コンピューター・ソフトウェア紛争の法的問題」ジュリスト902号（1988年）23頁。
16) 田村善之『機能的知的財産法の理論』（信山社、1996年）198頁。
17) 山本隆司「シュリンクラップ契約の問題点」コピライト438号（1997年）4頁。

後に後から約款による契約の提示があったとしても、そのような約款の提示は契約の変更のための新たな申込みとして何ら承諾をする義務は生じないと考えられるからである。

よって、ソフトウェア使用契約について、そのような通常の売買契約に比して、売買契約の後に新たに申し込まれる契約の成立を認められるべき事情や法的根拠の存否について検討する必要があると考えられる。

また、そのように申し込まれるソフトウェア使用契約の成立を認めた場合、販売店等とユーザーのソフトウェアの取引契約は何か特殊な条件のついた売買契約であるのか、それとも売買契約ではなく何か別の性質をもった契約であるのかを論じる必要がある。

2　ソフトウェア使用契約における「ライセンス契約」の定義

一般的なソフトウェア使用契約は、ソフトウェアに関するライセンス契約においては「使用権許諾契約」や「使用許諾契約」等の表現を用いた「使用許諾書」に基づく「ライセンス契約（＝使用許諾契約）」と表現されているものが多い[18]。

一般的なライセンス契約とは権利者と利用者との間で権利者が知的財産権などの権利に基づき利用者に対してその権利の利用を許諾する契約を指すものであるといわれる[19]。

一方ソフトウェアの使用契約については「ライセンス契約」としながらも、一体ベンダーはユーザーに対して何の権利に基づきライセンス（許諾）を与えているのか不明瞭なものがある。

そのため、その許諾が何らかの法的な権利に基づくものなのか、あるいは本来は「ライセンス契約」と呼ぶべき契約ではないのかについて検討し、使用契約が本来どのような本質を持った契約であるのかを明らかにする必要がある。

18）北川・前掲注（2）6頁。
19）板東正男「第2款　ライセンス契約」辻本勲男＝武久征治編『知的財産契約の理論と実務』（2007年、日本評論社）416頁。

3　ソフトウェア使用契約の申込みと承諾の方式

ソフトウェア使用契約の内容について、対価の支払前にどのような契約内容であるのかを提示しているのであれば、ユーザーはその契約の条件に縛られると理解した上でソフトウェアを入手しているといえるため、条項内容の不当性の問題はともかく契約条項に拘束されることは問題がない。

しかしながら、シュリンクラップ方式およりクリックオン方式によるソフトウェア使用契約では、「使用許諾書」が外箱の中に存在するため、ユーザーは販売店等で対価の支払った後に初めてベンダーからの契約内容を目にすることになる。

よって、対価の支払前のユーザーにとっては使用契約の条件が隠されているといえ、ソフトウェアを入手する時点では全く知らなかった使用契約の条項にユーザーが拘束されるという問題が生じることになる[20]。

さらに、シュリンクラップ方式およびクリックオン方式によって定められるベンダーがユーザーの契約への同意と定めている行為は、ソフトウェアの入っている内袋の開封やインストールの際に画面上のボタンをクリックすることなどソフトウェアの使用にあたっては不可避な行為である場合が大半である。

そのため、ソフトウェアの使用のために不可避な行為をベンダー側で一方的に契約への合意の手段と定め、当該行為を民法526条に定められる契約への承諾の意思表示とみて契約を成立させることの可否について検討の必要があるといえる。

4　ユーザーに不利な条項内容の存在

ベンダーから申込まれるソフトウェア使用契約には、ベンダーが自分で作成した約款を用い、基本的にベンダーが有利になるような条項が存在する場合が多く、一方、ベンダーにとって有利な条項はユーザーにとっては不利な条項である場合が多い。例えば、ソフトウェアを使用したことによる問題が起こった場合の免責条項がその典型である。

そのような条項は民商法の規定やその他の規定

20）山本・前掲注（17）3頁。

に抵触する場合があるが、具体的にどのような条項が抵触して無効となる可能性があるのかを論じる必要がある。

また、著作権法の著作権者の権利制限規定を上書きするような条項も存在し、権利制限規定の上書きによってユーザーが本来自由に利用できる行為を制限される可能性がある。

この権利制限規定については著作権法が法律の規定だけをみても強行規定であるのか任意規定であるのか明らかでなく[21]、使用契約において著作権法の権利制限規定を上書きする条項は有効であるのか検討する必要が生じる。

第二章　ソフトウェア契約の性質

第一節　準則における販売店等とユーザーの契約の解釈

ソフトウェア契約の抱える問題のうち販売店とユーザーの契約関係の本質を、外見通り売買契約であるとするならば、シュリンクラップ方式やクリックオン方式によるベンダーからのソフトウェアの使用契約はどのような解釈が可能であるのか、仮に売買契約でないとするならば、全く別の種類の契約とみるべき事情とそれがどのような契約であるかを明らかにする必要がある。

この販売店とユーザーとの契約関係につき、経済産業省の準則によれば販売店がソフトウェアをユーザーに提供する際にユーザーとの間に締結する契約が売買契約であると解される場合とは別に、ベンダーとのライセンス契約の地位や権利をユーザーに提供するための契約（以下、提供契約とする）であると解される場合があるといわれる。

本来、売買であるはずの契約について、提供契約とみることができる場合とはどのような場合か、また本当にそのように解釈することが適当であるのかについて以下で検討を行う。

1　売買契約であると解される場合

まず、ソフトウェア取引契約が単なる売買契約であると解釈される場合について検討を行う。なお、準則や参照文献中に「ライセンス契約」という表現があるが、引用部分以外は使用契約と置き換えるものとする。

準則において、販売店等とユーザーとのソフトウェアの記録媒体の取引が売買契約であると解される場合とは、使用契約締結の必要性について合意していないにも関わらず使用契約の「使用許諾書」が外箱の中にあるような場合であり、その使用契約には法的効果が生じないといわれる[22]。

この合意していない場合とは「ユーザーがライセンス契約の存在を認識せず、外箱にもライセンス契約の存在について何ら記載されておらず、また販売店もユーザーに対してライセンス契約の存在を伝えなかった場合」[23]であるといわれる。

このように準則が解釈する理由としては、ユーザーがソフトウェア取引契約を締結する時点で、ベンダーとの使用契約を締結するというユーザーの合意を推定できるような外見がないためであると考えられる。

合意の外見がない以上、当事者間に予め合意がない場合には新たな申込みに対しては承諾を通知する義務がなく、承諾の方法についても当事者間に合意がないのであるから一方的に承諾の意思を擬制させることはできないと考えられる[24]。

よって、そのような合意のない場合については、仮にパッケージを開封してソフトウェアを利用しようとする段階で、シュリンクラップ方式やクリックオン方式による契約条項が提示されたとしても、その契約の提示はベンダーからユーザーへの新たな契約の申込みに過ぎないと解釈されるのは当然であるといえる。

一方で、ソフトウェア取引契約が売買契約とされる場合についても、シュリンクラップ方式やクリックオン方式による使用契約を業界の慣習ととらえ、ユーザーが使用契約の存在を知らなくとも条項に同意したとされる行為を行ってソフトウェアを使用すれば使用契約の成立を認めるべきであ

21）松田俊治「著作権ライセンス取引（利用許諾）をめぐる法的諸問題」コピライト576号（2009年）9頁。

22）経済産業省・前掲注（3）133頁。

23）経済産業省・前掲注（3）131頁。

24）内田貴『民法Ⅰ［第4版］総則・物権総論』（東京大学出版会、2008年）39頁。

るという説[25]も存在する。

しかし、約款を用いた契約において約款を利用することを明示しなくても効力が発生する、いわゆる白地商慣習によって契約が有効と解されるには、その慣習が契約の相手方にとっても自明であり、なおかつ不当な結果を生じてはならないといわれる[26]ため、契約の成立は難しいものと考えられる。

また、ソフトウェア契約において、ベンダーからの使用契約が存在することを表示しなくてもよいほど使用契約の存在や内容が周知であるかは疑わしいといわれ[27]、加えてユーザーにとって不当な結果が生じていないといえるかについても四章で検討する個別の条項の内容からみて疑問がある。

特に消費者契約においては慣習があっても不当な結果を生じている場合には消費者契約法10条の適用により無効となる可能性が高いと考えられるため、まったく合意の外見のないものに慣習による使用契約の成立を認めることはやはり難しいのではないかと思われる。

よって、契約締結の意思がないのであるからそのような契約は無効であると考えるのが当然である[28]から、何ら合意のないものについて、契約の申込みに「開封すれば契約が成立する」または「『同意する』のボタンを押せば契約が成立する」等の文言が存在したとしても、その行為はユーザーが単なる使用のために行う行為であって契約締結の意思とはならず取引契約は単なる売買契約と考える準則の解釈は妥当であるといえる。

2　提供契約であると解される場合

準則によれば、販売店等とユーザーとのソフトウェアの取引契約が、前述したような売買契約ではなく、ユーザーにベンダーとのライセンス契約を締結できる地位または権利を提供する契約であると解される場合があるといわれる。

そのように解釈される可能性が高い場合とは「ユーザーが通常認識し得るような形態で媒体の外箱（パッケージ）にライセンス契約締結の必要性が明示されている場合や、販売店がライセンス契約締結の必要性について口頭で説明している場合」[29]であるという。

このような方法により契約締結の必要性が示されていた場合には、ベンダーによって定められた同意とされる行為、つまりシュリックラップ方式やクリックオン方式による契約への同意に法的効果を認め、ベンダーとユーザーとの契約の成立が認められ、販売店等がユーザーにソフトウェアを提供する行為は、ベンダーと契約を締結しソフトウェアを使用できる地位とそのソフトウェアの記録媒体などの有体物を、一体としてユーザーに提供をするための契約（以下、提供契約とする）と解されるといわれる[30]。

この準則の解釈では、販売店等とユーザーとの契約関係が売買契約ではなく提供契約となる場合の要件について、ライセンス契約締結の必要がある旨を外箱に記載するか、販売店等が口頭で説明することを要求している。

しかしながら、販売店等が口頭で説明した場合はともかくとして、単に外箱に「ライセンス契約である」などといった旨の記載があるというだけで、提供契約となるといえるかについては疑問がある。

前述したとおり、販売店等のソフトウェアをユーザーに提供するための契約は、契約の外見上も契約当事者間の契約意思も売買契約のようであることに加え、ユーザーも売買契約であると信じてソフトウェアを入手しているものと考えられる。

また、権利と有体物を一体として提供するという解釈についても、ユーザーは権利や記録媒体に価値を見いだしているわけではなく、一定の機能を持ったソフトウェアに対して価値を認めて販売店等と取引契約を締結しているものと思われ[31]、取

25）例えば牧野和夫「ハイテク業界の最新法務問題－ソフトウエアライセンス契約の契約法的考察を中心に」国士舘法学36号（2004年）192頁。
26）山下友信「普通保険約款（四）－その法的性格と内容規制について－」法学協会雑誌97巻73頁。
27）山本・前掲注（17）4頁。
28）経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編『逐条解説　消費者契約法』（商事法務、2000年）180頁。
29）経済産業省・前掲注（3）132頁。
30）経済産業省・前掲注（3）133頁。
31）例えば音楽CDについては、一般的に記録されている音楽に価値を感じて購入されていると思われ、ソフトウェアについても同様であると考えられる。

引契約の実態から考えると、本当に準則のいうような販売店等とユーザーとの取引契約が提供契約といえる場合があるのか疑問を覚える。

第二節　販売店等とユーザーとの契約関係の再検討

前述のように、外箱の記載という要件で提供契約であるとの解釈には、外見上や契約当事者間の契約意思から考えて疑問があるため、外箱に使用契約の存在について記載のあるソフトウェアに対する取引契約について、本来どのような解釈をすべきであるのか取引の実情から再検討を行う。

元々このような契約の故郷であるアメリカにおいて、販売店等とユーザーとの取引契約がどのように解釈されているか関連する論文などに目を通すと、原則として取引契約に「物品」の取引に利用される統一商事法典（Uniform Commercial Code、以下UCCとする）を適用しているようである[32]。

また、アメリカの判例に目をやると、シュリンクラップ方式による契約が問題となり、使用契約の効力についてリーディングケースとなった「ProCD事件」において物品の売買契約の成立についての規定であるUCC第2編第204条を適用している[33]。

さらに、アメリカでは現在「ソフトウエアの移転を目的とするほとんどの取引に関して第2編の適用がなされている」[34]といわれ、どのような法理で売買に使用契約を付帯させているのかはともかく、基本的にソフトウェア取引契約は売買契約であると解されているようである。

また、売買契約以外の解釈において、日本と法制度の近いドイツ法をみると、ベンダーとユーザーが直接ソフトウェアを取引する場合、ソフトウェアを有体物ととらえる考えにおいては売買契約と解される場合と使用賃借契約と解される場合があり、無体物ととらえる考えにおいては売買契約と解される場合とノウハウ契約またはライセンス契約と解される場合があるといわれる[35]。

ただし、これは前述のとおりベンダーとユーザーが直接ソフトウェアを取引する場合の議論であって、販売店等とユーザーとの契約関係において考えた場合、日本法においては使用賃借契約とすることは、販売店等がベンダーから権限を与えられていなければ著作権法26条の3の貸与権の侵害となるであろうし、ソフトウェアは販売店等が作成したものではないため、ノウハウ契約やライセンス契約と見ることも無理があると考えられる。

結局のところ、日本法においては販売店等との取引契約によるユーザーのソフトウェアの取得については、ドイツの議論における有体物説であれ無体物説であれ売買契約と解釈するほかないと思われる。

ここまで海外の実態をみてきたが、日本におけるソフトウェアの取引契約をみても、基本的に販売店等とユーザーはソフトウェアを売買していると認識しており、中古市場も存在する。さらにソフトウェアの記録媒体の頒布は会社の物流において物の頒布として取り扱われ、ベンダーですら第一次店に出荷した際に「販売」したと信じていることが多いようである[36]。

以上のように、そもそも契約の輸入元であるアメリカにおいてすら売買契約として扱われ、ベンダーとユーザーとが直接ソフトウェアを取引するならともかく販売店等とユーザーとの取引契約においては売買契約と解するほかなく、実際の物流や契約当事者の認識においてもソフトウェアの売買契約と解されている取引契約を、準則のいうように外箱の記載により提供契約とするのはいささか強引な解釈であるように思われる。

結局のところ、販売店等とユーザーのソフトウェア取引契約は、販売店等が売買契約ではなく提供契約であるとユーザーに説明したような場合を除けば、契約の外見が売買契約であって、ユーザーも売買契約であるとの認識を持っている以上は売買契約と解するほかないと考えられる。

32）吉田和夫「コンピュータ契約と統一商事法典」早稲田社会科学研究44号（1992年）3頁。
33）川和・前掲注（5）同志社法学58巻1号134頁。
34）川和功子「米国における電子情報取引契約について（一）」同志社法学57巻1号7頁。
35）山田恵一「コンピュータ・プログラムの瑕疵と使用許諾契約（二・完）」民商法雑誌112巻2号237頁。
36）中島成二「シュリンクラップ契約の有効性（下）Uniform Commercial Code 2Bドラフトの特徴とその意義」NBL637号（1998年）55頁。

なお、仮に所有権をベンダーが留保するような外箱の表示や使用契約の条項が存在したとしても、大量に流通するソフトウェアすべてにベンダーが所有権を留保していると考えるのは難しいのではないかと思われる。

前述のように取引契約を売買契約であると信じてユーザーはソフトウェアの所有権を取得していると認識していると考えられる。そのため、そのような所有権の留保の表示は契約の内容としては無効である可能性が高いと思われる。

以上のように、販売店等とユーザー間のソフトウェア取引契約は、外箱に使用契約の存在を示す記載が存在するとしても、契約の外見通りに売買契約が締結されていると解釈するのが妥当な結論であると考えられる。

なお、取引契約が売買契約である場合は、ベンダーからのシュリンクラップ方式やクリックオン方式による使用契約は売買契約への付帯約款とみる解釈[37]があり、売買契約ととらえるならばこのように解釈するほかないのではないかと思われる。

ただし、販売店等とユーザーとのソフトウェアの売買契約にシュリンクラップ方式やクリックオン方式による使用契約が付帯することができるのかについては、なお検討を要する問題である。

第三節　使用契約の「使用許諾」の本質

販売店等とユーザーとのソフトウェアの売買契約に対してベンダーからの使用契約の付帯可能性の検討に入る前にその付帯する使用契約がどのような契約の本質をもつのかを明らかにしたいと思う。

ソフトウェア使用契約では、一章で述べたように「使用許諾書」という約款を用いて、「ライセンス（使用）許諾契約」をベンダーとユーザーとの間に成立させているとするものが多く、ベンダーによると使用契約は「ライセンス契約」であると定義しているようである。

なお、ソフトウェアの「ライセンス契約」には、自己の有するコンピューター上でのみそのソフトウェアの使用を許諾する「使用許諾型」の契約と、複製・翻案等を行うことをも許諾する「複製等許諾型」の契約の二つの型があるといわれる[38]。

「複製等許諾型」の契約については、著作権法27条に複製および翻案権が規定されているため、権利に基づく「ライセンス契約」であるとすることに問題はないものの、「使用許諾型」の契約については、「使用権」という権利自体が存在しないことから考えると、少なくとも著作権法上の権利に基づく「ライセンス契約」ではないと考えられる。

一方、準則においては、ソフトウェアのような情報財に関する「ライセンス契約」とは「ライセンサ（ベンダー）がライセンシ（ユーザー）に対して情報財を一定範囲で使用収益させることを約し、ライセンシがこれに同意することによって成立する契約」[39]と定義されている。

しかし、このような準則の解釈では、情報財を使用収益させる契約であれば、何ら法的な権利がなくとも契約の対象物が情報財であることを理由に契約が「ライセンス契約」とされてしまう可能性が考えられる。

ソフトウェア使用契約では「ライセンス契約」がベンダーから申込まれているものの、著作権法上の権利の内容にかからない単なる使用に関しては、本来は自由に使用できるはずであり、わざわざ著作者から許諾を契約によって受ける必要はない。事実、ソフトウェア以外の大部分の著作物においては著作権法の権利にかからない本を読む、音楽を聞くなど自由な使用が行われている[40]。

さらに、同じく市場に流通するゲームのソフトウェア（以下ゲームソフトとする）については、通常は単なる売買としてとらえられ、使用契約は存在しないのが一般的である[41]。

ところで、一般にソフトウェアを使用するためにはコンピューターへの複製が必要であり、その使用のための複製について「ライセンス契約」を

37）中島・前掲注（36）55頁。

38）島純子「第4款　ソフトウェア取引契約」辻本勲男＝武久征治編『知的財産契約の理論と実務』（2007年、日本評論社）452頁。

39）経済産業省・前掲注（3）128頁。

40）北川・前掲注（2）6頁。

41）植松＝中山＝本間＝三木・前掲注（12）23頁において、ゲームソフトにおいてはライセンス契約を持ち込まず情報財の複製物の売買として処理されているのが一般的といわれる。

結ぶ必要があるのだろうか。

使用のためにソフトウェアをコンピューター内に複製することについては著作権法47条の3第1項において、「プログラムの著作物の複製物の所有者は、自ら当該著作物を電子計算機において利用するために必要と認められる限度において、当該著作物の複製又は翻案（これにより創作した二次的著作物の複製を含む。）をすることができる。」と規定されている。

この規定により、使用のための複製であれば、ユーザーは何らベンダーからの許諾を必要とせずにソフトウェアを使用できるため、著作権者であるベンダーと使用について契約を締結する必要はないといえる。

ソフトウェアのようなプログラムの著作権者以外の使用を規制する「使用権」のような権利は著作権法では存在しないことは前述のとおりであり、使用のための複製が認められていることなどからもユーザーソフトウェアを使用するだけならベンダーから許諾を受ける必要は本来ないということがわかる。

よって、ソフトウェアを使用するだけであれば、もともと許諾を受ける必要はないのであるから、準則のいうように情報財の使用に関する契約であるからといって「ライセンス契約」であると解釈するのは適当ではなく、何らかの許諾を受ける必要がある契約についてのみ「ライセンス契約」と呼ぶべきである。

では、ソフトウェアの「使用許諾書」による「ライセンス契約」では何がユーザーに対して許諾されているのかをみると、絵ハガキ作成のためのソフトウェアなどではソフトウェア中のイラストなどの翻案、頒布などについて著作権に基づく許諾を与えているようなものもある[42)]。

しかしながら、多くの「使用許諾書」による許諾内容では「インストールおよび使用」などとしてソフトウェアの使用についての許諾のみが与えられ、著作権などの知的財産権に基づく許諾がユーザーに与えられていないようにみえる[43)]。

実際、使用契約では、何ら許諾を与えず単に使用制限を課した契約も多いといわれる[44)]ことから、ベンダーは一体どういった権限に基づいて使用契約を「ライセンス契約」であると定義しているのかが問題となる。

ある「使用許諾書」の英語の原文をみると「SOFTWARE LICENSE AGREEMENT」[45)]と書かれ、日本語訳をみると「ソフトウェア使用許諾契約」と訳されている[46)]。一般に「ライセンス（license）」とは「私人または公の機関が、ある者に対し、それなしには違法とする行為を許すこと、またはその許可を証する書面」[47)]という意味を持つ。

その意味通りに考えれば、違法となる事態を避けるために権利者から許諾を受けるための契約、つまりその契約がなければ違法となる性質をもった契約が「ライセンス契約」ということになる。

「ライセンス契約」という契約についてこのように定義した場合、ソフトウェアの「使用許諾書」による使用契約の中には、本質として「ライセンス契約」の体をなしていないものも多いのではないかと思われる。

例えば、ある「使用許諾書」の具体的な条項に目を通すと「お客様に対し、下記に定めるように、その設計およびマニュアルに従った方法で本ソフトウェアをインストールおよび使用するための非独占的なライセンスを許諾します」[48)]とソフトウェアの使用のためのライセンスであることを明言している。

42) マイクロソフト「Microsoft はがきスタジオ version 2005 デラックス版　マイクロソフトソフトウェア使用許諾書」の「メディア要素に関する追加ライセンス許諾」において許諾がされている。ただし、同条項内において様々な使用制限なども同時に課されている。

43) マイクロソフト「Microsoft（R）Windows（R）XP Professional、Microsoft（R）Windows（R）XP Tablet PC Edition、および Microsoft（R）Windows（R）XP Media Center Edition 2004 マイクロソフト ソフトウェア使用許諾契約書」1.1項。

44) 北川・前掲注（2）12頁。

45) アップル「SOFTWARE LICENSE AGREEMENT FOR MAC OS X」

46) アップル「ソフトウェア使用許諾契約 -MAC OS X」

47) 田中英夫編『英米法辞典』（東京大学出版会、2004年）517頁。

48) Adobe「ソフトウェア使用許諾契約書」（http://www.adobe.com/products/eulas/pdfs/gen_wwcombined_20091001_1604.pdf）2項。

しかし、その「使用許諾書」の内容をみると「ライセンス契約」と明言しているにもかかわらず、本来、わざわざベンダーから許諾を受けるまでもなく著作権法上ユーザーが自由に利用できるはずの使用についてむしろ制限を課しているだけのようにみえる[49]。

このように「使用許諾書」の条項中にベンダーが何らかの権利に基づきユーザーに対して許諾を与えているような条項がないのであれば、その契約はそもそも「ライセンス契約」ではないと考えるのが適当であろう。

前述のとおり、著作権法においては「使用権」という権利は存在しておらず、権利が存在しない理由としては、仮にプログラムの使用につき排他的権利を付与したとすれば、本来使用のために購入されるものに使用の都度、権利者の許諾が必要となり、円滑な流通を阻害する可能性があるためといわれる[50]。

そして、そのような許諾の必要のない使用に対して「使用許諾」としながらも、実際にはソフトウェアの使用について制限を課しているにすぎない使用契約を「ライセンス契約」と呼ぶことについては契約の表示として正しくないとの批判がある[51]。

たしかに許諾の必要のないところに許諾を与えているというのは、法律的に考えても日本語の意味としても不自然な表現であるといえ、ユーザーに対して何らかの権利に基づく許諾を行っていない「使用許諾書」での契約は「ライセンス契約」ではないと考えらる。

要するに使用契約は単にソフトウェアのサポートなどと引換に使用について制限を課した「条件付役務提供契約」とでも呼ぶべき契約であるといえるのではないだろうか。

権利に基づく許諾のない条項のみからなる「使用許諾書」による契約は「条件付役務提供契約」であると考えるとすると、「ライセンス契約」や「許諾」といった表示は誤りであって、「使用許諾書」という名称も本来は「使用条件書」といった表現をすべきである。

ところで、当該使用契約の条項には、前述のようにソフトウェアの使用による損害についてベンダーに対する責任を免責する条項[52]などユーザーにとって不利でありベンダーにとって有利な条項が多く存在する。

このようなユーザーにとって不利な条項をユーザーがソフトウェアの使用には「ライセンス契約」が必要であると信じて、ソフトウェアの使用の許諾と引き換えに受け入れることもやむを得ないと認識しているのであれば問題があるのではないかと考えられる。

なぜなら、契約の本質として「ライセンス契約」ではないのに「ライセンス契約」との表示をしてユーザーに不利な条項を甘受させていると考えると、独占禁止法2条9項6号により定義される公正取引委員会の不公正な取引方法のうち「ぎまん的顧客誘引」や「不当な利益による顧客誘引」とみることができる可能性が考えられるためである。

そして、そのような不当な表示にあたると解釈できる場合には消費者保護を主たる法目的としていないため、適用には議論の余地があるものと思われるが不当景品類及び不当表示防止法4条1項1号～3号によって規制されることになる。

さらに、「ライセンス契約」であるという表示がユーザーに対して契約の本質の誤認を生じさせる表示として不正競争防止法2条1項13号の誤認表示にあたる可能性も考えられる。

加えて、ユーザーが消費者である場合には消費者契約法の適用があり、「ライセンス契約」であることが同法4条4項の「重要事項」にあたるとすれば、同条1項および2項によりユーザーは使用契約を取り消すことができるのではないかと思われる。

第四節　売買契約への使用契約の付帯可能性

1　保証書の売買契約への付帯

販売店等とユーザーとのソフトウェア取引契約およびベンダーとユーザーとの使用契約の本質は前述のとおりであるものの、販売店等とユーザー

49) たとえば前掲注 Adobe・前掲注 (48) 2.2 項参照。
50) 作花文雄『詳解　著作権法（第4版）』(ぎょうせい、2010年) 279頁。
51) 北川・前掲注 (2) 11頁において、「使用許諾」という文言についての批判がなされている。
52) 例えば Adobe・前掲注 (48) 8 項参照。

との取引契約が、原則として売買契約であるという解釈に立つと、契約当事者である販売店等とユーザーとの契約関係に対して、第三者であるベンダーからの使用契約を付帯させることができるのかという問題が生じる。

しかも使用契約ではシュリンクラップ方式やクリックオン方式のようなソフトウェア購入後に初めて契約内容が示されるような契約の申込みを行っており、そのような方式についても検討の必要がある。

売買契約成立後に第三者から初めて約款が示され、その物に対して契約が付帯するものの例としては、家電製品などのメーカー（以下、メーカーとする）が製品に保証書を同梱して修理や交換を約束する契約がある。

ある保証書の内容をみると「この保証書は、本書記載内容で無償修理をお約束するものです」[53]といった内容や「取扱説明書、本件貼付ラベル等の注意書きに従った使用状態で保証期間内に故障した場合には、無料修理させていただきます」[54]といった内容となっている。

この保証書は、説明書等に記載された通常の使用をしていたにもかかわらずメーカーの定めた保証期間内に商品が故障した場合にはメーカーが無償で修理を行うということをユーザーに対して約束するものである。

保証書の法的性質については、損害担保契約とする説[55]、メーカーの瑕疵担保責任を拡大しているとする説[56]、損害賠償を肩代わりしているとする説[57]、品質に関する履行責任を売主に代わって負担しているとする説[58]などがある。

これらの学説は、どれも売主である販売店等の責任についてメーカーに移転する、もしくはメーカーが負担していると解釈しているものの、近時の保証書においては、保証書の存在によってユーザーの法律上の権利を妨げないとする旨の条項を有するものが一般的である[59]。

このような内容から考えると、少なくとも近時の保証書においては、メーカーとユーザーが直接契約を締結しているという点に異論はないものの、損害を担保しているのではなく、単に製品の修理のみを一方的に引き受けているに過ぎないと解するのが相当であろう。

なぜなら、保証書による修理によってユーザーの瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求などの法律上の権利が全く制限されるものでないことから、瑕疵担保責任の拡大や肩代わりといった解釈は妥当しないと考えられるからである。

また、買主であるユーザーは保証書に基づくメーカーに対する修理請求はもちろん、保証書によって権利が制限されるものではないから、売主である販売店等に対しても製品の瑕疵による契約の不完全履行であるとして追完請求権が認められ[60]、保証書は買主の負う給付をメーカーが負担しているという解釈も妥当しないと考えられる。

近時の保証書は、ユーザーが元々有している法律上の権利に加えて、製品について、保証期間内での通常の使用において問題が起これば無償修理を受けられるという権利をメーカーからユーザーに対して一方的に付与したものであるといえ、つまり保証書による契約とは、メーカーが一方的にその債務を引き受けるという、「修理引受契約」とでもいうべき片務的な性質をもった役務を提供する契約であるといえよう。

ところで、保証書による契約では、ソフトウェア使用契約のように、製品の外箱に「保証書在中」などと保証書による契約について記載されているものとそうでないものがある。

しかし、保証書が存在することが外箱に記されていなければ契約は成立しないと解する必要はなく、上記のようなユーザーに対して何ら義務を課

53) 三洋電機株式会社「USB出力付充電器セット（KBC-E1AS） 保証書」
54) パナソニック株式会社「電気ファンヒーター（DS-FK1202）保証書」
55) 浜上則雄「品質保証書の法的性質」ジュリスト494号（1971年）19頁。
56) 浜上・前掲注（55）20頁。
57) 大柿好春「品質保証・アフターサービスと消費者―若干の事例を中心にして―」ジュリスト494号（1971年）32頁。
58) 北川善太郎『現代契約法Ⅱ』（商事法務、1976年）142頁。
59) 例えば、パナソニック株式会社・前掲注（54）ではユーザーの権利を何ら制限していない。
60) 内田貴『民法Ⅲ　第3版　債権総論・担保物権』（東京大学出版会、2005年）128頁。

さない内容の「修理引受契約」であれば、記載がなくとも契約は有効に成立するとしても問題はないと思われる。

なぜなら、メーカーに対して保証書に基づく修理を行うか不法行為責任に基づく損害賠償請求を行うか、それとも販売店等に対して瑕疵担保責任に基づく契約の解除や損害賠償請求を行うかはユーザーに委ねられており、さらにその権利をユーザーが行使するかについてもユーザーの自由意志に任されているからである。

つまり「修理引受契約」においては、ユーザーの法律上の権利が一切制限されていないため、そのような契約を認めてしまってもユーザーに何ら不利益がなく、契約を無効とする実益がないといえる[61)]。

よって、このような保証書による契約では、外箱に保証書の有無について記載がなくとも、保証書はメーカーからの「修理引受契約」の申込みとなり、特にユーザーからの承諾を必要とせず契約が成立すると解してよいものと思われる。

なお、当該保証書に記載された保証期間内にユーザーがメーカーに対して不良のあった製品の修理を請求することは、申し込みに対する承諾ではなく、「修理引受契約」に基づく契約の履行請求であると考えるのが適当ではないかと思われる。

以上のように、販売店等とユーザーとの売買契約に対して第三者からの契約の申込みの付帯可能性については、少なくともその契約の内容がユーザーの権利を制限しない片務的な内容であれば、その契約の申込みは売買契約に付帯し、特にユーザーからの承諾がなくとも契約が成立していると解しても問題はないといえよう。

ソフトウェア使用契約においても、ベンダーが片務的な債務を負担したり、ユーザーに一方的に権利を与えるような条項についてはその部分のみ、どのような表示や方式によるものであっても売買契約に対して付帯し、部分的に有効であると解することもできるのではないかと思われる。

もっとも、一般的なベンダーからのソフトウェアの使用契約は、ベンダーが片務的に権利を与えるものではなく、むしろユーザーの権利を制限するような内容の条項が多く含まれており、使用契約について、そのような条項が有効に付帯できるのかが問題となる。

2 権利制限的な使用契約の付帯可能性

ユーザーの権利について何ら制限しない片務的な契約であれば売買契約へ付帯することについて問題はないことは前述のとおりであるものの、ベンダーからの契約内容に何らかの権利制限的な条項が含まれている場合についてはユーザーの権利や利益を損なう可能性があるため契約への付帯に慎重になるべきである。

例えばソフトウェアは著作権法で保護されるプログラムの著作物であるが、通常の著作物の売買であれば、売買契約の成立によって買主に著作物の所有権が移転した後であれば著作権法により禁止されている行為を除いて、買主はその著作物を自由に使用し、自由に処分することができる。そこで、このようなユーザーの本来持つ権利をベンダーが契約によって制限することができるとすればどういった方法によるのかが問題となる。

ユーザーの所有権とソフトウェアなどの契約による使用制限は、ドイツ法においては両立しうると解されているといわれ[62)]、日本法においても、所有物の使用に関して制限を義務付けるような契約を締結することは、所有者自身の意思に基づいて契約を行う限りは契約自由の原則から認められると解されるのではないかと思われる。

所有物の使用について制限をする契約を有効であると解すると、取引契約が売買契約であっても、売買契約の目的物であるソフトウェアの使用に関して制限をする契約を成立させることは、ユーザーの意思、つまり合意があれば可能であると考えられる。

例えば、販売店等の店頭でユーザーが販売店等から口頭などでベンダーとの契約について直接説明を受けるような場合については、使用契約の存

61) むしろメーカーが一方的にユーザーに対して権利を与えるだけの修理引き受けの契約を認めないとするとユーザーの選択肢が減り、不利益となると考えられる。

62) 山田・前掲注（35）238頁においてドイツ法の解釈が紹介されている。

在について合意があるといえるため、売買契約にベンダーからの使用契約の申込が付帯し、契約として効力をもつと考えられる。

そのような場合には、使用契約の個別条項の有効性の問題はともかくとして、ベンダーからの使用に関する付帯的契約に同意しない限りはソフトウェアを利用できないということについて、販売店の説明によって[63]、ソフトウェアの使用制限への同意を条件とする売買契約が成立すると解釈できるものと思われる。

このように、販売店等が口頭でベンダーからの使用契約についての説明をした場合においては、販売店等とユーザーのソフトウェア取引契約が売買契約であるとしても、ユーザーの使用や権利を制限する使用契約をソフトウェアの売買契約に付帯させることが可能ではないかと考えられる。

しかし、販売店等からのベンダーから契約の申込みについて何ら説明がなく、単に外箱に使用契約が必要である旨のみ記載されているような場合には、ユーザーとの間に合意があるといえるのかについては依然として問題が残る。

準則では、「少なくとも、ユーザーが通常認識し得るような形態で媒体の外箱（パッケージ）にライセンス契約締結の必要性が明示されている場合」[64]に販売店等とユーザーの契約関係は提供契約となると解釈している。

提供契約となるという解釈はともかくとして、外箱への記載を要件としていることは、販売店等で記録媒体を入手する時点において、ユーザーが契約の締結の必要性について合意していると認められる外見があるということが要件となっていると考えられる。

外箱の記載については、「ユーザーが通常認識し得るような形態」であることを求めており、外箱を見れば一目で使用契約が存在すると分かるような記載がある場合には、使用契約の存在について合意があると解釈できるのではないかと思われる。

ソフトウェア取引契約が売買契約であっても使用契約はユーザーの合意により付帯できるのであるから、外箱にこのような合意に足るような記載が存在する場合にはソフトウェア使用契約が付帯できる可能性が高いのではないかと考えられる。

ところで、使用契約が付帯したと考えると、ソフトウェアの購入後に使用契約の条件に同意できない場合にソフトウェアを返品することができなければ、ユーザーは対価を支払ってソフトウェアを購入したにもかかわらず使用もできなければ返金も受けられないという問題が生じる。

このような場合には、ソフトウェアの売買契約の成立後にしかソフトウェアの使用の条件である使用契約の条項を目にすることができなかったことを信義則に反するものとしてソフトウェアの売買契約の無効を主張することができると考えられる。

なお、返品条項による売買契約の解除権が存在する場合には、ユーザーは解除権を行使してソフトウェアを返品してもよいし、売買契約によりソフトウェアの所有権を取得しているのであるから使用せずに所有していてもかまわないのではないかと思われる。

第三章　ソフトウェア使用契約の方式と契約の成立

第一節　シュリンクラップ方式・クリックオン方式による契約への承諾

前章で論じたとおり、販売店等や外箱による記載によって使用契約の存在についてはユーザーが合意しているといえるものの、シュリンクラップ方式やクリックオン方式を用いてソフトウェア使用契約を成立させられるのかについては承諾の方法などの問題が残っている。

外箱における契約の存在の記載のみでシュリンクラップ方式またはクリックオン方式によってソフトウェア使用契約が申込まれる際に問題になるのが、ユーザーがフィルムラップやシールなどを開封する行為が民法526条における契約の承諾の意思実現のための行為に該当するかということで

63) もっとも、販売店等で口頭で説明するような場合には、わざわざ売買契約の成立後にシュリンクラップ方式やクリックオン方式によらずとも、販売店への対価の支払いをベンダーからの契約への承諾の意思表示とすれば足りるのではないかと思われる（北川・前掲注（2）12頁参照）。

64) 経済産業省・前掲注（3）132頁。

ある。

契約への承諾について、準則ではシュリンクラップ方式について契約締結の意思をもって開封した場合は、ライセンス契約が成立するものと解釈されており、クリックオン方式についても外箱の記載については同様の要件としたうえで、画面上の「契約に同意する」などのボタンをクリックすれば契約が成立すると解釈されている[65]。

一方、準則の解釈とは異なり、シュリンクラップ契約やクリックオン契約によるライセンスの成立は認められないとする見解も存在し、例えば半田教授は、ベンダーとユーザーとの特約は利用者の利益に反するものであるから、利用者の承諾の意思表示が明確にされていることが必要あって、シュリンクラップ方式による契約の効力については「ユーザーとしてはソフトを使用してはじめてそれが自分の欲したものなのかを知ることができるのであって、包装紙を破る行為は単に使用のための前提行為を表しているに過ぎず、これを約款承諾の意思表示と解するにはかなり無理がある」[66]と述べており、さらに田村教授によれば、契約の申込者が承諾の方式を野放図に自由に指定できるという法はないのであるからシュリンクラップのような方式を認めるべきではないという[67]。

また、ソフトウェアを購入したユーザーが契約内容に不服を持ったとしても、ソフトウェアを販売店等に返品してトラブルを抱えるより目先の使用を優先して開封してしまうという問題もあるといわれる[68]。

さらに、使用契約に同意したという返信用通知の返送をもって契約が成立するという見解[69]も存在するものの、契約内容に不服があってもソフトウェアに対するサポートをベンダーから受けるために登録通知を返送せざるをえないという状況を利用し契約を締結させようとしているものについては、いったん契約が成立したとしても無効となる可能性があるという[70]。なお、田村教授は、クリックオン方式について、シュリンクラップ方式による契約と本質的な差異は認められないと述べている[71]。

このようなシュリンクラップ方式およびクリックオン方式による契約の成立を疑問視する学説は、契約に対する承諾の方式について事前合意がなければ一方的な申込みに対して承諾する義務はないという原則にたてば当然であるように思える。

また、消費者契約法10条により無効とされる条項の例としても「消費者の一定の作為または不作為により、消費者の意思表示がなされたものまたはなされなかったものとみなす条項」[72]があげられており、事前の承諾の方法についての合意が必要であることが伺われる。

このような学説や消費者契約法の規定から考えると、シュリンクラップ方式やクリックオン方式を使用契約の成立のために用いるのであれば、ベンダーとの契約の存在だけではなく、その契約への承諾の方式についても事前にユーザーとの合意が必要であるといえる。

つまり、販売店等が口頭で承諾の方法についてシュリンクラップ方式やクリックオン方式を事前に指定しておけば、これらの方式によるソフトウェア使用契約が成立する可能性が高いと考えられる。

一方、販売店等で何らベンダーとの契約について説明がなく、外箱の記載のみでソフトウェア使用契約を成立させようとする場合は、外箱に使用契約の存在の記載のほかに、「内袋の開封をもって契約への承諾とさせていただきます」または「画面上の同意ボタンへのクリックをもって契約への承諾とさせていただきます」といった表示をユーザーが通常認識出来る程度に記載する必要があろう。

65) 経済産業省・前掲注 (3) 134頁。
66) 半田正夫『著作権法概説〔第14版〕』(法学書院、2009年) 153頁。
67) 例えば、ネガティブオプション商法のように商品を送りつけて何日以内に返品しない場合は契約への承諾とみなすと事業者が承諾の方法について指定しても契約は成立しない。(内田・前掲注 (24) 39頁)。
68) 田村・前掲注 (12) 164頁。
69) 中山信弘『ソフトウェアの法的保護 (新版)』(有斐閣、1988年) 185頁。ただし必ずしもシュリンクラップ契約が有効であるとの立場はとっていないようである。
70) 田村・前掲注 (12) 164頁。
71) 田村・前掲注 (12) 165頁。
72) 内閣府国民生活局消費者企画課編『逐条解説　消費者契約法〔新版〕』(商事法務、2007年) 206頁。

このような表示によってユーザーが販売店等からソフトウェアを購入しようとする時点で使用契約への承諾の方法についても合意をしていたとみなされる外見があれば、シュリンクラップ方式およびクリックオン方式に契約への同意として定められる行為は契約への承諾と解することができるのではないかと思われる。

ただし、一般に、このような契約は債権的効力しかないと考えられるため、ソフトウェアをユーザーが第三者に譲渡したからといって契約関係まで移転することはなく、ソフトウェアの転得者には契約の効力は及ばないといわれる[73]。

また、ゲームソフトの外箱の中古販売を禁止する旨の記載は所有権移転等の効力を法律上否定出来ないという判例があることから[74]、外箱の記載は第三者には何の効力もない可能性が高いものと考えられる。

さらに、中古販売ではシュリンクラップ方式においてはそもそも契約への承諾とされている開封が元のユーザーによって既に行われているのが通常であるし、クリックオン方式についても画面上の「同意」ボタンのクリックは単なる使用のための行為であるから、契約条項への同意とはならないものと考えるのが当然であろう。

ただし、ベンダーが使用契約の申込みの手段としてシュリンクラップ方式やクリックオン方式を用いず、その使用契約についての承諾を転得者の自由意志にまかせ、なおかつ明確な承諾をユーザーが行うのであれば、ベンダーとソフトウェアの転得者との間にソフトウェアの使用契約を成立させることは一応可能ではあると思われる。

ところで、ユーザーが売買契約の時点で契約とその承諾の方法について認識していたにもかかわらずベンダーからの申込みを無視して使用契約への承諾を行わずにソフトウェアを使用した場合、どのように考えるべきであろうか。

シュリンクラップ方式であれば、物理的に内袋を開封しなければソフトウェアを使用できないため承諾とされる行為を回避することは不可能であり、契約条項に反する行為を行った場合には契約違反となる可能性があると考えられる。

一方、クリックオン方式については、コンピューターの知識がある者が技術的に承諾を回避してソフトウェアを使用するような場合も考えられ、そのような使用について、ベンダーとの契約が存在しないことを理由としてユーザーは所有権に基づき自由にソフトウェアを使用できるのかという問題が生じる。

しかしながら、外箱の表示に使用を制限する契約の存在に加え、契約の承諾の方式まで記載されているような場合には、販売店とのソフトウェアの売買契約の際にソフトウェアの使用について使用契約に同意しなければ使用できないという条件に合意しているとみなす外見があると考えられる。

このような場合には、承諾を回避して使用する行為は合意に反し、契約違反となる可能性が高いと思われる。

また、承諾しなければインストールできないということを一種のコピーコントロールとみることができるならば、技術的に承諾を回避してソフトウェアをインストールすることはコピーコントロールの回避として著作権法違反となる可能性もあるのではないかとも考えられる。

第二節　ソフトウェア使用契約の内容の開示の必要性

ここまで、ソフトウェア使用契約を有効に成立させるためには、取引契約の時点で使用契約の存在だけでなく使用契約への承諾の方式までも合意しておくことが必要であることを述べた。

しかし、承諾の方式まで合意していても、ユーザーはその契約内容をソフトウェアを購入するまで見ることができないため、契約の存在は知っていてもその内容を全く知る機会がないという問題が残る。

使用契約では契約の成立前に契約内容は提示されるものの、その提示は使用の直前であり、契約に不同意であるユーザーのソフトウェアの返品の手間などを考えると、契約内容について事前の十分な開示が行われているとはいえないと思われる。

また、契約条項に不同意なら返品できる旨の条

---

73) 山本・前掲注（17）16頁。
74) 大阪高等裁判所　平成13年10月17日判決（判例時報1699号48頁）。

項があったとしても、販売店等がそれに応じたがらない場合もあるといわれ[75]、実質的に返品できない場合があるとすれば、使用契約に同意できなければソフトウェアの使用も返品もできない場合が生じてしまうことになる。

このような事情を考えると、販売店等とユーザーのソフトウェアの売買契約の前に、あらかじめソフトウェア使用契約の契約内容をユーザーが知りうる状態にすべきであろう。

使用契約の内容の事前の開示をすべきかどうかについて、シュリンクラップ方式およびクリックオン方式による使用契約は、契約締結の方式こそやや特殊な方法をとっているものの、契約の性質は附合契約[76]と同様の契約の性質であるといえるため、約款の開示に関する学説が妥当すると考えられる。

一般的な約款のメリットは一章において述べた通りであるが、一方で約款の契約への利用については、契約交渉の省略から契約に対する合意性を問題にする学説も多い[77]。

このような問題を抱える約款による契約の成立に関してリーディングケースとなった大審院判決[78]では、約款によらないという意思がないことなどを契約成立の要件とし、約款内容の開示は契約の成立の要件として述べられていない。

しかし、この判決に対しては約款の拘束力を安易に肯定せず相手方の保護についてもきめ細かい配慮をしようとする最近の法律思想から、この判決の立場を見直すべきであると批判する評釈[79]など、内容を知らない約款に拘束される可能性があることに対する批判がある。

学説においては、ソフトウェア使用契約のような約款を利用した契約において、約款内容を開示すべき、または開示に何らかの法的効果を認めるものは多岐にわたるが、代表的なものとしては次のようなものがある。

河上教授によれば、約款による契約の場合には、約款の条項内容の適切な開示と顧客の約款内容への理解がない場合には契約内容とならないという[80]。

ただし、開示の程度にあまり大きな法的効果を与えることについては懐疑的であり、たとえ約款が実質的な開示をされていても、その効果はせいぜい条項の顧客に対する不意打ち効果を減殺せしめる程度の意味しかないといわれる[81]。

また、原島教授によれば約款を用いた契約では、相手方の契約内容の不当を理由とした契約拒否の可能性にかかわらず「契約は約款による」という旨だけを相手方に表示するのではなく、相手方が内容を知ることが出来る状態におくことが必要であるといわれる[82]。

さらに、山本教授によれば約款の契約への組入れの要件について約款によるとの旨の合意だけでなく原則的に約款内容を書面で交付し、交付できない場合には何らかの手段で開示することが必要であるという[83]。

そして、山下教授によれば、開示により顧客はその内容を知るべき立場にあることになり、契約締結の意思表示をなせば約款内容を逐一知ったうえでこれに同意したという外見が備わり、約款の内容たる個々の条項においても合意したものと解釈されてもやむを得ない面が出てくるものの、個々の条項について合意があったというためには相手方にとって内容が理解可能で認識できる状態でなければならない[84]。

これらの学説に共通するのは、契約内容である約款について契約の締結前に開示することについて、大なり小なり何らかの法的効果を認めていることであると考えられる。

また、河上教授や山本教授の学説では単なる開

75) 吉田・前掲注（10）67頁。
76) 内田貴『民法Ⅱ　第3版　債権各論』（東京大学出版、2011年）17頁。
77) わが国における約款論の展開については河上・前掲注（13）46頁以下を参照。
78) 大審院　大正4年12月24日判決（大審院民事判決録21輯2182頁）。
79) 上柳克郎「普通保険約款の拘束力」損害保険判例百選（1980年）11頁。
80) 河上正二「約款の適正化と消費者保護」『岩波講座現代の法　13』（岩波書店、1997年）121頁。
81) 河上・前掲注（13）156頁中の注（35）。
82) 遠藤浩監修＝淡路剛久編『現代契約法大系　第一巻』原島重義「約款と契約の自由」（有斐閣、1983年）53頁。
83) 山本豊「債務不履行・約款」ジュリスト1392号(2010年）90頁。
84) 山下・前掲注（26）79頁、80頁。

示ではなく顧客が契約内容を理解できることを求めており、難解な条項の多い使用契約についてもユーザーの分かりやすい契約内容とすることが考慮されるべきではないかと思われる。

なお、使用契約においては、前述のようにユーザーがソフトウェア購入後に契約内容に不満を持ったとしても返品しない、またはできない場合があるといわれるため、開示について法的効果が認められるのは使用直前ではなく、ユーザーが販売店等でソフトウェアを購入する段階以前とするのが相当であると考える。

第三節　使用契約の内容の開示に関連する立法動向

前節では約款の開示の法的効果についての学説の一部を紹介したが、近時では消費者保護の観点などから事業者が消費者に対して適切な情報開示や提供をすべきという要求が高まり、消費者契約法など情報の開示に関する法の整備がされつつある。

1　消費者契約法

消費者契約法３条１項では、消費者契約における事業者の情報の開示に関する規定として「事業者は、消費者契約の条項を定めるに当たっては、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容が消費者にとって明確かつ平易なものになるよう配慮するとともに、消費者契約の締結について勧誘をするに際しては、消費者の理解を深めるために、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容についての必要な情報を提供するよう努めなければならない」という規定をおいている。

一方、同条２項では、消費者に対しても「消費者は、消費者契約を締結するに際しては、事業者から提供された情報を活用し、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容について理解するよう努めるものとする。」という規定をおいている。

消費者契約法３条の規定は、事業者と消費者との間の情報量および交渉力の格差が存在することによって生じる紛争を回避するために、消費者の権利義務やその他の消費者契約の内容を明確かつ平易なものになるように事業者に求めると共に、消費者に対しては、契約当事者としての自覚と責任のもと、事業者からの情報を活用することを要求しているものであるといえる[85]。

なお、この規定は努力義務として規定されており、事業者に対して何ら法的な強制力を持つものではないものの、従来から判例や学説において認められてきた事業者の情報提供違反を一定の状況を超えて消費者契約に拡大したものであり、事業者に対して消費者への一般的な情報提供の理念を明確にしたものであるといわれる[86]。

ソフトウェア使用契約においても、ユーザーの多くは消費者であるため、このような消費者契約法の情報提供義務に従うべきであり、使用契約の内容について事前の開示と理解しやすい内容が求められる。

前述のようにこの規定は努力義務であり、この条文を根拠として情報開示がなされなかったことを理由に契約の成立を否定することは困難であると思われもののこの規定はベンダーがユーザーへの使用契約の事前の開示に積極的になるべきであるという根拠を示したものであるといえよう。

2　債権法の改正案[87]

近時の契約内容などの開示に関する法改正の動向として、債権法改正検討委員会による民法の債権法について改正の議論がある。その債権法改正の基本方針（以下、基本方針、または改正案とする）の中では「交渉当事者の情報提供義務・説明義務」の制定が立法として提案されている。

契約における情報の提供について、基本方針の【3.1.1.10】では「当事者は、契約の交渉に際して、当該契約に関する事項であって、契約を締結するか否かに関し相手方の判断に影響をおよぼすものにつき、契約の性質、各当事者の地位、当該交渉における行動、交渉過程でなされた当事者間の取

85）経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編『逐条解説　消費者契約法』（2000年、商事法務）55頁。

86）日本弁護士連合会消費者問題対策委員会『コンメンタール消費者契約法』（商事法務、2001年）32頁。

87）債権法検討委員会による債権法改正の基本方針については、民法（債権法）改正検討委員会『詳解・債権法改正の基本方針Ⅰ－序論・総則』『詳解・債権法改正の基本方針Ⅱ－契約および債権一般（1）』『詳解・債権法改正の基本方針Ⅲ－各種の契約－』（2009年、商事法務）を参照。

決めの存在およびその内容等に照らして、信義誠実の原則に従って情報を提供し、説明をしなければならない」[88]という提案をしている。

また、債権法改正案では約款の契約への組入れ要件として、基本方針【3.1.1.26】では「約款は、契約当事者が契約締結時までに相手方にその約款を提示して（以下、開示という。）、両当事者がその約款を当該契約に用いることに合意したときは、当該契約の内容となる。ただし、契約の性質上、契約締結時に約款を開示することが著しく困難な場合において、約款使用者が、相手方に対し契約締結時に約款を用いる旨の表示をし、かつ、契約締結までに、約款を相手方が知りうる状態においたときは、約款は契約締結時に開示されたものとみなす」[89]という提案をしている。

この改正案では、契約締結時に直接約款内容を開示することが著しく困難な性質の契約にのみ、例外的に約款を用いるという表示を行い、契約の締結までに契約内容である約款を契約相手方が知りうる状態に置くことを要件として契約の成立を認めている。

これは、直接契約内容を開示することが困難な場合にも、消費者が契約内容を知ろうとすれば知ることができるようにし、契約の性質にかかわらず一定の約款の開示性を担保しようというねらいがあるものと思われる。

この基本方針に沿って債権法が改正された場合には、使用契約について現在のようなソフトウェアの使用の直前まで契約内容が隠されている方式では契約の成立は認められなくなる可能性が高いのではないかと思われる。

よって使用契約について、外箱に使用契約の存在の旨および承諾の方法の表示をするだけではなく、ユーザーに対して事前に理解しやすいような契約の内容の開示をすることが求められることとなろう。

88）民法（債権法）改正検討委員会『詳解・債権法改正の基本方針Ⅱ－契約および債権一般（1）』（2009年、商事法務）43頁。

89）民法（債権法）改正検討委員会・前掲注（88）87頁。

第四節　ソフトウェア使用契約の契約内容の開示の方法

ソフトウェア使用契約の契約内容は販売店等とユーザーの売買契約の時点までに開示されるべきではあるものの、どのような方法で契約内容の開示をするかという問題がある。

例えば、売買契約前の使用契約の内容のユーザーへの開示については、販売店等に約款を置くか、外箱にすべて記載すれば足りるのであるが、一章において述べたようにそのような方法は現実的に無理がある場合が多く、開示を求めることはベンダーにとって酷な場合があると思われる。

しかしながら、全く契約の内容が開示されなくとも使用契約が成立するというのは、近時における約款の開示によって消費者の保護を図るという動向に逆行するものといえる。

また、債権法の改正案に沿って債権法が改正された場合、事前開示のない使用契約は認められなくなる可能性があり、何らかの使用契約の内容を開示する方法を模索すべきであると考える。

海外に目をやると、アメリカにおけるソフトウェア使用契約の内容の開示についての議論では対価の支払前にすべての条項をインターネットによって入手可能にして情報を開示させるべきとの主張があり[90]

日本においても、ソフトウェア使用契約では、前述したような事情から販売店等の店頭で直接開示することが難しい場合が多く、インターネットを利用した開示が認められてよい事情があるのではないかと思われる。

前述の債権法の改正案でも、契約の性質上、契約締結時に約款を開示することが著しく困難な場合には、約款使用者が相手方に対し契約締結時に約款を用いる旨の表示をし、かつ、契約締結までに、約款を相手方が知りうる状態においたときは約款は開示されたものとみなされるということであるから、ソフトウェアの購入前にユーザーが契約内容へアクセスできる状態にしておけば契約内容の開示とみなしてよいのではないかと思われる。

90）川和功子「米国における電子情報取引契約について（二）」同志社法学57巻7号23頁。

具体的な開示の方法の例としては、あらかじめ自社のホームページで使用契約の内容を開示しておいて、ソフトウェアの外箱に契約内容が開示されているホームページへのURL（Uniform Resource Locator）を分かりやすい形で記載しておくという方法が考えられる。

近時においてはインターネット接続の機能を持った携帯電話がかなり普及しており、販売店の店頭にコンピューターが設置されていることも多いため、店頭で外箱のURLをインターネット接続端末に入力すれば店頭で契約条項を確認することが容易に可能であろう。

仮にそのような方法がとれなかったとしても、URLを控えておいて、自宅や職場のインターネットに接続したコンピューターで契約内容を確認することも可能であると考えられるため、問題は少ないと思われる。

このような使用契約の開示の方法によれば、ソフトウェアの購入前に使用契約の内容を確認したいというユーザーに対して十分な契約内容の開示が担保され、ソフトウェアを使用する直前まで使用契約の内容を知る機会がないという問題は解決されるものと思われる。

ただし、使用契約はベンダーとユーザーとの間で有効に成立できるものと思われるものの、民商法その他の規定との関係から使用契約の全ての条項が有効となるとは限らない点に注意が必要である。

第四章　ソフトウェア使用契約の条項の効力

第一節　一般の強行規定に反すると思われる条項

前述のとおり仮に使用契約が有効に成立したとしても、民商法や消費者契約法の規定により強行規定に反するような条項は無効となるため、その契約条項すべてが有効になるとは限らない。

特に、ソフトウェア使用契約では、その「使用許諾書」の作成者であるベンダーが自身に有利な契約とするための条項が多く、ユーザーの権利や利益を過度に制限する内容の条項など問題のある条項も存在する。

一般的な約款を用いた契約においては、消費者の契約条項に対する無関心につけこんで事業者が消費者にとって著しく不利な条件を押しつけようとしかねないという問題が指摘されている[91]。

この問題は、特にシュリンクラップ方式やクリックオン方式が用いられるソフトウェア使用契約においては、条項が使用直前まで提示されず、ユーザーが返品の手間よりも使用を優先するといった事情があることから、よりその傾向が顕著になりやすいのではないかと思われる。

以下において、主としてユーザーが消費者であった場合に一般の民商法その他の強行規定により契約としての拘束力が否定される可能性の高い具体的条項について論じる。

1　免責条項

ソフトウェア使用契約の条項中には損害賠償などのベンダーの責任を回避または軽減するための条項が存在する場合が多く、例えば、一定の保証条項をおいた後に責任の限定条項として損害賠償の免責や損害額の限定をするような条項がある[92]。

また、保証条項についても、ユーザーの法律上の権利を一切制限しない保証書とは異なり、同保証条項中で「本ソフトウェア製品を入手された販売店等に対してお客様が有する法律上の権利に影響を与えるものではありません。」としながらユーザーのベンダーに対する権利行使はベンダー側で定めた保証以外は責任を負わないとするものがある[93]。

このような条項に対しては、従前から一般の保証書において、免責条項が定められていた場合、「『一切の瑕疵担保責任を免責する』というような約款は、原則として無効であると解するべき」[94]といわれており、準則においても事業者の損害賠償責任の免除をする条項の無効を定めた消費者契約法8条ないし、同法10条に違反し無効となる可能性があると述べている[95]ため無効の可能性が高い。

さらに、準則によれば、ベンダーが支払う損害賠償額を著しく低く定める条項は民法90条に定め

91）内田・前掲注（76）17頁。
92）マイクロソフト・前掲注（43）品質保証規定参照。
93）マイクロソフト・前掲注（43）品質保証規定参照。
94）浜上・前掲注（55）22頁。
95）経済産業省・前掲注（3）147頁。

る公序良俗に反するものとして無効であるといわれる[96]。

上記のような免責条項は、保証書や約款の議論において従前から不当なものといわれており、ユーザーが消費者である場合には公序良俗によらずとも原則として消費者契約法8条、ないし10条による無効となると考えるのが当然であり、準則の考えについても妥当であるといえる。

一方、ユーザーが事業者である場合のソフトウェア使用契約においては、準則では「ユーザーが消費者でない場合は、消費者契約法は適用されないため、原則として、特約に従うこととなる」[97]といわれているものの、ソフトウェア使用契約においてはベンダーとの交渉可能性がほとんどないのは消費者も事業者も同様であって、仮にソフトウェアの問題に起因する損害が起こった場合、ソフトウェアの使用者がむしろ事業者である場合の方が、損害額が大きくなることが予想される。

そうすると、単純に特約があるからベンダーの責任は免責されるというのはユーザー側の事業者にとって酷な場合もあるのではないかと思われる。

損害額を著しく低く定める条項などの免責条項については、個別の事情にもよるものの、ユーザーが事業者であっても、当該条項が公序良俗に反して無効となる場合もあるのではないかと思われる。

2　準拠法指定条項

準拠法指定条項とは、当該ソフトウェア使用契約について、どこの国の法律を準拠法と定めるかを使用契約の条項によって指定するものであって、例えば日本法ではなくカリフォルニア州法を準拠法として定めた条項がこれにあたる[98]。

ソフトウェア使用契約のようにベンダーが作成した約款による一方的な条項で準拠法が定められる場合、ベンダーにとって有利な国の法律が準拠法として定められる可能性があることが問題となる。

一般的な契約においては法の適用に関する通則法（以下、単に通則法とする）7条により、当事者の合意によって外国法の選択を認めていることに加え、民事訴訟法も鑑定の対象として外国法を対象とすることに争いがないのだから、紛争の際には日本の裁判所は外国法を尊重することになるとの解釈がある[99]。

しかしながら準拠法と指定された外国法については「裁判所が知悉しているとは限らないので、その適用を求める当事者は、その存在を証明しなければならない場合がある」[100]ため、仮に不公正な内容の外国法でなくとも内容の証明責任がユーザーに課される可能性がありユーザーに過剰な負担を強いる可能性がある。

また、個別の交渉による契約はともかく、付合契約においては準拠法の指定によって著しい不公正が生じる場合には公序良俗に反するものとして制限できるといわれる[101]。

さらに、通則法11条1項は、事業者が消費者保護に薄い国の実質法を選択するという弊害に鑑み、消費者保護のために消費者のその生活の場の法である居住地法である強行規定の適用を保証し、同法3項では消費者が居住地法の特定の強行規定の適用を求める意思表示を事業者に対して行った場合にはその適用を行うとしている[102]。

また、シュリンクラップ方式やクリックオン方式を用いた使用契約においては、ユーザーは条項をソフトウェア使用する直前まで目にする機会がなく、ユーザーは外国法を準拠法とする意思があったかがそもそも疑わしいといえ、使用契約における準拠法指定条項については、信義則に反するものとして消費者契約法10条により無効となるのではないかと思われる。

よって、準拠法指定条項については、紛争になった場合にユーザーが準拠法指定条項につき無効を主張した場合には以上のような理由から条項は無効となる可能性が高いと考えられる。

96）経済産業省・前掲注（3）146頁。
97）経済産業省・前掲注（3）170頁。
98）アップル・前掲注（46）13項。
99）牧野・前掲注（25）174頁。
100）中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編『新民事訴訟法講義〔第2版補訂2版〕』（有斐閣、2008年）284頁。
101）櫻田嘉章『国際私法〔第5版〕』（2006年、有斐閣）205頁。
102）櫻田・前掲注（101）215頁。

3　裁判管轄条項

裁判管轄条項とは当事者間で争いになり裁判を行う場合に備え、契約の条項によってあらかじめ裁判管轄をきめておくという条項である。

ソフトウェアを制作するベンダーには外国を本社とする事業者も多いことから、ソフトウェア使用契約の条項の中には「本契約から生ずる一切の紛争は、カリフォルニア州北部地区の合衆国連邦地方裁判所の専属管轄に服するものとし、当事者は、前記裁判所の人的裁判権及び専属的裁判権並びに裁判籍に従うことに合意する。」[103]といった外国を裁判管轄とする裁判管轄条項も存在するといわれる。

もっとも、第16次国生審中間報告では消費者契約法10条の適用対象となる不当条項として「消費者に不利な専属的合意管轄を定めた条項」をあげており[104]、このような条項は消費者契約法10条違反となる可能性が高い。

準則においても、管轄合意について扱った項で「ここでいう管轄の合意は、日本の裁判所の裁判権に服する事件のうち、日本国内のどの裁判所が裁判管轄権を有するか、という問題についてのものである。」[105]と、国外の裁判所を裁判管轄とする合意は想定していないと思われる。

一方、海外を裁判管轄とする条項については、訴訟可能性の低さやソフトウェアの価格をおさえられるといった理由から認めるべきであるとする説もある[106]。

しかしながらベンダーの本社が海外にあるからといって、海外の裁判所を裁判管轄とする裁判管轄条項が有効とすると、ユーザーが大企業などの事業者である場合はともかくとして、ユーザーが消費者であった場合には事実上、裁判を提起する機会を失うことになりかねないと思われる。

また、ソフトウェアの価格についても、約款の免責条項によって商品の価格低下につながる保障はないとする説があり[107]、仮に訴訟リスクの準備のためのコストにより価格が上昇するとしても、訴訟機会を奪ってしまうような不公正な条項を認める理由にはなり得ないと考える。

訴訟可能性の低さについても裁判とは、想定外の事態が起こり一方の契約当事者が損害を受けたりした場合に行われるものであると考えられ、仮に、争いになるような事態が起こる可能性が低いからといって、ユーザーが裁判所に訴える権利を契約によって実質的に排除してしまうことが認められるべきではない。

このような実質的にユーザーの裁判を行う権利を奪ってしまうような海外の裁判所を裁判管轄とする条項は、公序良俗に反し無効であると考えられる。

仮に、公序良俗に反するとまではいえないとしても、ユーザーは自分の住居地での裁判を想定しているのが自然であるから、このような条項は信義則に反するものとして、当然に消費者契約法10条より無効とされるものと考えられる。

なお、外国ではなく、日本の特定の裁判所を裁判管轄とする裁判管轄条項においても、民事訴訟法17条において「当事者間の衡平を図るため必要があると認めるとき」に他の管轄裁判所への移送を認めている。

同法20条においては、専属的合意の場合にも移送をなしうるとされているため[108]、ユーザーの現住所など個別の事情からみて著しく不合理な地域を裁判管轄とする条項は無効とされる場合もあるものと考えられる。

第二節　著作権法の権利制限規定を上書きする条項

ソフトウェアの使用契約においては、前述のベンダーの責任制限的な側面の強い不当条項のほかにユーザーに私的複製や譲渡などの行為を制限する条項が存在する場合が多い。

103）日本電子出版協会・マックス法律事務所『デジタル時代の著作権ビジネス契約実務マニュアル』（インプレス、1999年）256頁。

104）日本弁護士連合会消費者問題対策委員会『コンメンタール消費者契約法〔第2版〕』（商事法務、2010年）254頁。

105）経済産業省・前掲注（3）42頁。

106）斉藤彰「電子取引における契約の商品化と約款の役割－マス・マーケット・ライセンスからの示唆－」『現代民事法学の理論　上巻－西原道雄先生古稀記念－』（信山社、2001年）153頁。

107）河上・前掲注（13）426頁。

108）中野貞一郎編『新民事訴訟法講義〔第2版補訂2版〕』（有斐閣、2008年）78頁。

このような条項は、著作権法上の規定において著作者の権利が制限されており、本来ユーザーが自由に行うことができる行為を契約によって上書きするものである。

著作権法の権利制限規定を上書きする使用契約の効力について準則では、「著作権法第30条から第49条の規定は、法律で著作権を部分的に制限している（すなわちユーザーに対してその部分の利用を認めている）規定であるが、これらの規定は基本的には任意規定であり、契約で制限することが可能であるとの解釈がある。しかしながら、ユーザーに対してそれらの規定よりも利用を制限しているライセンス契約の条項は無効であるとの解釈も存在している」[109]と有効と無効の両論を併記している。

このような著作権法の権利制限規定のうち、契約により私的複製を禁止することができるかという問題について、著作権法1条が立法目的として著作権者の利益保護を第一義に掲げていることから、一般的に著作権者に有利な特約は有効と解すべきとし、同法30条1項の私的利用のための複製の自由を定める規定は、著作権者にとっては不利な規定であるから、これを排除する特約は立法の本意にかなうものとして有効と解すべきとする説がある[110]。

しかしながら、ただ単に著作権者の利益保護という目的にかなうから権利制限規定は任意規定という解釈をとると、著作権法上認められた、教育目的の複製利用や点字のための翻案、図書の保存など公益的な権利制限についても権利者の権利を制限するものであるから任意規定として契約で上書きされてしまうことになりうる[111]。

よって著作者にとって不利であっても少なくとも公益のための権利制限規定は原則として契約によって上書きすることはできず、公序良俗に反するものとすべきであると考える。

そうすると「一般に著作者に有利な特約は有効と解すべき」であることを理由として著作権法の権利制限規定を任意規定と解釈することは難しいのではないだろうか。

もっとも、平成19年文化審議会著作権分科会報告書[112]（以下、分科会報告書とする）の第三節、契約・利用ワーキングチームの報告の中で、著作権法の権利制限規定について「ソフトウェアや音楽配信、データベース、楽譜レンタルに関する契約にみられる条項について言えば、著作権法の権利制限規定に定められた行為であるという理由のみをもって、これらの行為を制限する契約は一切無効であると主張することはできず、いわゆる強行規定ではないと考えられる」[113]と述べられている。

ただし、一方で「これらをオーバーライドする契約については、契約自由の原則に基づき、原則としては有効であると考えられるものの、実際には、権利制限規定の趣旨、ビジネス上の合理性、ユーザーに与える不利益の程度、及び不正競争又は不当な競争制限を防止する観点等を総合的にみて個別に判断することが必要であると考えられる…各権利制限規定が設けられている根拠には必要性や公益性という点で濃淡があり、これらは公益性の観点からの要請が大きいことから、オーバーライドする契約が有効と認められるケースは限定的であると考えられる」[114]とも述べられている。

分科会報告書では権利制限規定は任意規定であるとしながらも、契約による上書きについては、限定的に認められるにすぎないという立場をとっており、著作権法の権利制限規定を任意規定であると解釈しても、使用契約の権利制限規定を上書きする条項は、ただちに契約として有効であるとはいえないのではないだろうか。

また、従来から、使用契約のような約款を利用した個別の交渉のない契約については、法が任意規定であっても契約での上書きが認められるべきでない場合があるという学説が主張されている。

例えば、任意法規範の「秩序づけ機能」によって約款による契約の効力が否定される場合がある

109）経済産業省・前掲注（3）146頁。
110）半田・前掲注（66）153頁。
111）小泉直樹「"契約で決めておけばよい"か？」著作権研究（2005年）54頁。

112）文化審議会著作権分科会「文化審議会著作権分科会報告書（平成19年）」（http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/singi_houkokusho_1901.pdf）
113）文化審議会著作権分科会・前掲注（112）17頁。
114）文化審議会著作権分科会・前掲注（112）17頁。

とする学説[115]や、約款の条項によって任意法規を排除し上書きするためには、任意法規から離れる正当な必要性を事業者の側で証明しなければ条項の効力は生じないとする学説[116]などがある。

その後、消費者契約法の制定により、同法10条において、「民法、商法（明治32年法律第48号）その他の法律の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する消費者契約の条項であって、民法第1条第2項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するものは、無効とする」という規定がおかれることとなった。

この「民法、商法…その他の法律」とは民法、商法その他の消費者契約を規律するあらゆる法律と解釈され、「公の秩序に関しない規定」とは任意規定を意味するものであって、少なくとも消費者契約では明文規定については消費者契約法10条により任意規定であっても強行法規性を持つような場合が生じる。

ただし、任意法規に反する場合においても信義則に反しない程度であれば同法違反とならない場合もあり、消費者契約法10条違反というためには、任意法規に反していることに加えて、その契約内容が信義則に反するものかを検討する必要がある。

信義則違反かの判断は個別の事情によるため判断が難しいので、本稿では信義則違反の判断基準について近時の民法研究の蓄積の成果である債権法改正案を参考にして考えたいと思う。

基本方針の第2目　契約条項の無効【3.1.1.32】〈2〉において「当該条項が相手方の利益を信義則に反する程度に害しているかどうかの判断にあたっては、契約の性質および契約の趣旨、当事者の属性、同種の契約に関する取引慣行および任意規定が存する場合にはその内容等を考慮するものとする」[117]と任意法規がどういった性質の規定であるかが信義則違反の考慮の対象になると提案されている。

また、同基本方針【3.1.1.32】（不当条項の効力に関する一般規定）〈1〉において、「約款または消費者契約の条項［(個別の交渉を経て採用された消費者契約の条項を除く。)］であって、当該条項が存在しない場合と比較して、条項使用者の相手方の利益を信義則に反する程度に害するものは無効である」[118]と述べられている。

以上の基本方針から信義則違反の判断基準を考えると、契約が約款による場合には任意規定の内容をみて、その内容に対して消費者の利益の排除が著しいようなものは信義則違反となるのではないかと考えられる。

著作権法の著作者の権利の制限規定は、言いかえるとユーザーの本来持っている権利であると考えられ、ベンダーがこれを使用契約によって制限することは信義則上限られる場合が存在するのではないかと思われる。

1　譲渡禁止条項

譲渡禁止条項とは「本契約書の譲渡に関する条項に別段の記載がない限り、お客様が…ソフトウェアのCDあるいはバックアップコピーを他のエンドユーザーに貸与、レンタル、リース、賃貸、またはその他の方法で譲渡しないこと」[119]といった内容で、ユーザーの第三者へのソフトウェアの譲渡などを制限しようとする条項である。

ソフトウェアの譲渡については本来著作権法26条の2第2項におけるいったん適法に譲渡された著作物の複製物には権利が及ばないという譲渡権の消尽（用尽）規定により著作権者の許諾を必要とせずにソフトウェアの所有者であるユーザーが自由に譲渡できるはずである。このような譲渡について契約で上書きして制限することができるかについては学説の争いがある。

例えば、譲渡権の消尽を強行規定であるととらえ契約による上書きを認めないとする説[120]、譲渡権の消尽はするとしつつ著作権法上の譲渡権と関係ない「物」の譲渡を制限する契約であれば譲渡

115) 河上・前掲注（80）122頁。
116) 原島・前掲注（82）46頁。
117) 民法（債権法）改正検討員会・前掲注（88）104頁。
118) 民法（債権法）改正検討員会・前掲注（88）104頁。
119) マイクロソフト・前掲注（43）1.6項。
120) 著作権法令研究会＝通商産業省知的財産制作室編『著作権法・不正競争防止法改正解説』（有斐閣、1999年）115頁、田村・前掲注（12）154頁および半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール2［23条～90条の3］』（勁草書房、2009年）36頁参照。

を制限する契約は有効とする説[121]、譲渡権の規定を強行法規性で解釈するのではなく競争法等に反するかで有効性を判断すべきとする説[122]などがある。

そのほか、このような譲渡を制限する条項について、ソフトウェアの使用が確保されることが「消費者が本来有しているはずの利益」の本質であるから、購入したソフトウェアの個人間で貸与および譲渡や中古ソフト事業者に売却することなどを禁じられたとしても信義則上で不均衡が生じる程の消費者の利益が侵害されているとはいえないとする見解がある[123]。

この見解では、ゲームソフトのように飽きれば躊躇なく売却される性質のソフトウェアでは売却も守られるべき消費者の利益となるものの、コンピューターにおいてインストールして使用するソフトウェアにおいては、再インストールなどの必要性が生じることから容易に中古としてソフトウェアを売却することは想定しづらく、無効とする実益もないとして、消費者契約法10条によって無効とならないとも述べられている[124]。

しかしながら、このようなソフトウェアの譲渡および売却の利益に対する解釈には次のような理由から疑問がある。

ゲームソフトの中にはコンピューターにインストールして使用するものがあり、ゲームソフトであっても再インストールの必要性が生じる場合があることに加え、ゲームソフト以外のソフトウェアであっても所有者であるユーザーにとって不要になれば売却して処分したいと考えることが自然であると考えられる。

このように考えると、ユーザーがゲームソフトに飽きることとそれ以外のソフトウェアがユーザーにとって不要となることを分けて考える合理性に疑問を感じざるをえず、譲渡権の消尽について、ソフトウェアだけを特別扱いして契約による消尽規定の上書きを認めるべき理由はないと思われる。

また、市場に大量に流通し「使用許諾書」のような約款によって一方的に契約内容が決定されるソフトウェア使用契約において譲渡の制限を認めてしまうと、著作物の流通の促進を図ることを目的とする譲渡権の消尽の規定を形骸化させてしまうことにつながる可能性があると思われる。

よって、譲渡権の消尽については、前述のように学説が割れているものの、少なくとも市場に大量に流通する著作物に関しては譲渡を制限できないのではないかと考える。

また、著作物の第三者への譲渡について、ゲームソフトの中古販売が著作権の消尽について明文の規定のない著作権法26条に規定される頒布権の侵害であるとして争った最高裁判決[125]において、市場における円滑な商品の流通などの観点から、市場に流通するゲームソフトについてはいったん適法に譲渡されれば頒布権は消尽すると判示されている。

明文の規定のない頒布権において、市場に流通するゲームソフトについて権利の消尽を認めたこの判決から考えると、明文の消尽の規定のある譲渡権については商品の市場の流通を阻害することにつながる契約での上書きは認められないと考えるのが妥当であろう。

以上のような理由から、少なくともユーザーが消費者である場合には市場に流通するソフトウェアのような約款による大量の契約には譲渡の制限を認めるべきではなく、そのような内容の条項は信義則に反するものとして、消費者契約法10条の規定などにより無効と解するのが相当であろう。

2　私的複製禁止条項

前述のとおり、著作権法の著作権の権利制限規定によって私的な複製やコンピューターでの使用のための複製は著作権者の許諾を得なくとも著作物の所有者が行うことができる。

私的複製禁止条項とはそのような本来ユーザーが自由にできるはずのソフトウェアの複製につき、使

121）中山信弘『著作権法』（有斐閣、2007年）233頁。
122）作花・前掲注（50）690頁。
123）渡邉倫子「情報財取引における公衆向け定型ライセンス契約の有効性」（http://www.j.u-tokyo.ac.jp/~jjweb/research/MAR2002/watanabe_noriko.pdf）16頁。
124）渡邉・前掲（123）16頁。
125）最高裁判所　平成14年4月25日判決（判例時報1785号3頁、判例タイムズ1091号89頁）。

用契約によって制限をかけようとする条項である。

条項の例としては、「本ソフトウェアのバックアップコピーは1つ作成することができます」[126]といったバックアップのためのコピーの数を制限を行うものがあり、また、バックアップ目的のコピーであっても全く複製を認めないとする条項もあるといわれる[127]。

なお、バックアップコピーについては、著作権法47条の3のコンピューターの利用のための複製とみられているのが通説である[128]。

しかし、バックアップコピーをとらずともコンピューターを利用できるのが通常であり、またバックアップ目的の複製か私的使用の目的の複製かはユーザーの主観であり外見では判断がつきにくいのではないかと思われる。

同条の規定の範囲をソフトウェアなどのプログラムを所期の目的どおり利用するため、あるいはより効果的に利用するために通常必要とされる複製翻案を認める程度であると解する[129]ならば、バックアップコピーのための複製が利用のための必要限度の複製といえるかが微妙な場合もあるように思われる。

例えば、CDなどの記録媒体を用いて提供されるソフトウェアの完全なバックアップコピーをとる場合にはコンピューターなどでの利用のための複製および翻案を認める同法47条の3よりも私的使用のための複製を認める規定である同法30条1項の私的複製と解釈すべき場合があると考えられる。

ソフトウェアのバックアップコピーのための複製を禁止することについて、著作権法47条の3の観点からは同法同条の規定の立法趣旨を消費者と著作権者であるベンダーとの利益調整のための規定であるととらえ、少なくとも約款を用いた消費者契約の場合には強行法規性が認められるという解釈がある[130]。

126) マイクロソフト・前掲注(43)1.6項。
127) 松田・前掲注(6)14頁。
128) 例えば、中山・前掲注(69)74頁、半田・前掲注(66)170頁、作花・前掲注(50)390頁。
129) 作花・前掲注(50)390頁。
130) 渡邉倫子「情報財取引における公衆向け定型ライセンス契約の有効性～著作権法の視点からの考察～」コピライト479号(2001年)17頁。

一方、同法30条1項の私的利用については、複製の容易性や私的複製の分だけベンダーの利益が損なわれ、複製が大量になされた場合には売上に深刻な影響をおよぼすなど、経済的な側面およびそれによる創作意欲の減退などを理由に任意規定として柔軟にとらえるべきであるといわれる[131]。

しかし、前述のようにバックアップコピーについて、著作権法47条の3のコンピューターでプログラムを利用するための複製であるのか、著作権法30条の私的利用のための複製であるのかは一概にいえない面がある。

そのため、バックアップコピーが著作権法47条の3の複製と認められる場合には契約による上書きが認められず、一方で同法30条の複製と認められる場合はベンダーの契約による上書きが認められることになり、同じバックアップコピーでも個別の事情によって契約による上書きが認められる場合と認められない場合があるとなると、ユーザーに混乱を招く可能性がある。

また、複製が容易であるということはソフトウェアにかぎった話ではなく、電子的に記録された他の著作物一般にいえることである。例えば、音楽を記録したCDの所有者は、私的利用としてCDから直接再生する以外にもコンピューターに複製したり、ポータブルオーディオプレイヤーに複製して利用しているのが常であると思われる。

こうした音楽の著作物の利用についても、複製の分だけ著作権者の利益は損なわれているといえるものの、ユーザーの自由な利用を阻害するような契約が使用契約のような約款により認められてしまうとユーザーの利用を不当に制限してしまうおそれがある。

大量の複製によりベンダーの利益が侵害されるという懸念についても、大量の複製についてはそもそも同法30条1項の「個人的に又は家庭内その他限られた範囲内」のみ私的複製を認めるという趣旨に反する[132]ので、私的複製とは認められないと考えられる。

以上のように、ソフトウェアと音楽のような他の電子的に記録された著作物の私的利用について

131) 渡邉・前掲注(130)17頁。
132) 田村・前掲注(12)199頁。

別のものとして考える合理的な理由がないとすると、原則として、どちらも単に市場に流通する電子的に記録された著作物であるといえる。

そして、ソフトウェアについてだけ私的複製を特別に制限してもよい事情が存在しないとすると、権利制限規定である私的複製について、約款を用いた使用契約によって上書きすることは難しいのではないかと思われる。

例えば、バックアップコピーのみならず、私的使用目的での複製を一切認めないとする条項は、その条項がない場合と比べるとユーザーの利益を著しく損なうものであるため、信義則に反する条項として消費者契約法10条により無効となるのではないかと思われる。

ただし、著作権法において著作権者の許諾を受けずに複製できる場合は、同法47条の3第1項によれば「利用するために必要と認められる限度」であって、同法30条1項においては「個人的に又は家庭内その他これに準ずる限られた範囲内において使用することを目的とする場合」である。

よって、前述したとおり大量の複製は私的利用のための複製とはいえない可能性が高いため、バックアップコピーや私的利用のための複製の数を制限するような条項ならば、その制限の数が合理的であるといえる場合には、信義則に反することなく、条項を有効と解してよい場合があるのではないかと思われる。

第三節　小括

ソフトウェア使用契約のように個別の交渉による契約ではなくシュリンクラップ方式やクリックオン方式を用いた約款による契約では、強行規定に反するような条項はもとより、任意規定であっても立法主旨に照らしユーザーの不利になる場合については、契約による上書きはかなり制限されるとみるべきである。

例えば、著作権法の権利制限規定について任意規定であると解釈したとしても、その権利制限規定は、権利者の権利を制限し、著作物の利用者の自由な利用を担保しようというのが本来の立法趣旨であると考えられる。

そうすると、著作権者であるベンダーがこの規定を使用契約によって上書きして完全に取り除き、ユーザーの自由な利用を制限することは、法の趣旨から考えると信義則に反し消費者契約法10条により無効と解される可能性が高いのではないかと思われる。

私見では、「使用許諾書」による使用契約において上書きが認められるのは、例えばせいぜいユーザーに認められている私的複製について合理的な私的複製の数を定めるといったような、権利制限規定を大きく逸脱しない範囲にすぎないのではないかと思われる。

結語

本稿で扱ったソフトウェア契約が抱える問題は、ソフトウェアが市場に流通し始めた当時から存在していた問題であるものの、その問題が未だに放置されて残っていることは本稿の研究から明らかである。

ソフトウェア契約など、海外発の新しい技術に起因する契約をめぐる議論をみると、その契約の生まれ故郷である海外の法理を中心とした議論になってしまい、日本の法理に基づく検討が疎かになっているものも少なくないように思われる。

本稿ではソフトウェア契約の諸問題について論じる際に、外見の目新しさなどにとらわれることなく、日本の法律上の問題については日本の法理に基づき解釈すべきであるという見地から論じた。

「ライセンス契約」について、民法の債権法改正の議論では典型契約とすることは定義の難しさなどから見送られる方針であるといわれている[133]ものの、使用契約において野放図に「ライセンス契約」であると表現されている現状をみると、「ライセンス契約」を典型契約に含めるかについて再考する必要があるように思われる。

また、現時点ではソフトウェアの外箱において適切な表示が行われているといえない状況にあるので、外箱の表示について行政がガイドラインなどを作るなどしてベンダーを指導し、外箱の記載が統一された適切な表示に修正されることが期待

133) 松田・前掲注（21）25頁。

される。

加えて、本稿で指摘したような無効となる可能性の高い、契約条項については、最初から使用契約の約款に条項として記載せず、余分な条項の削除によって簡潔でユーザーにとって理解しやすい契約内容を目指すべきである。

契約条項によって著作権法の権利制限規定を上書きできなければ、ベンダーが著しい不利益を受けるというのであれば、ソフトウェアを音楽やゲームソフトなどの他の著作物に比して特別扱いする合理的な理由を示した上で、立法による解決を目指すべきであろう。

ソフトウェア契約のような新しいタイプの契約は時代の潮流によって生まれたものであるものの、近時の消費者契約法や債権法改正案などによる消費者の保護も新しい時代の潮流によって生まれたものであるといえる。そうすると、近時の消費者保護に関する立法の動向に反するような契約の方法や内容を続けることは、むしろソフトウェア契約の方が時代遅れの契約になってしまったといえる。

本稿で示したソフトウェア契約に対する解釈は、シュリンクラップ方式やクリックオン方式による使用契約を全く無効にしようというものではなく、むしろ契約方法等の軽微な修正によりソフトウェア契約の実態とユーザーの利益との均衡を図ろうとするものである。

ソフトウェア契約の問題については、全てを研究し尽くすことができなかったものの、どのような問題であれ、ベンダーとユーザー双方の利益が適正に保たれるような形での解決を目指すべきである。